اليوم الاول

قضاء التحكيم مرحلة في
قضاء المحاكم او بديل له

المستشار الدكتور
ابراهيم مصطفى مكارم

جمعيـــــــة المهندسيـــــــن

الدورة التدريبية

المنعقدة فى الفتره من ٢٠ الى ١٩٩٠/١/٢٤

محاضـــــــرة

قضاء التحكيم بديـــــل لقضاء المحاكم او مرحله فنيـه

الدكتور / ابراهيم مكارم

تقديم :

يكشف عنوان هذه المحاضره عن موضوعها الذى يتناول خلافا فى الرأى حول الطبيعه القانونيه للتحكيم كوسيله لفض المنازعات فى مجال علاقات القانون الخاص .

والتعامل مع المعانى المتقدمه يقتضى تناول مسائل عديدة البعض منها يقع فيما يمكن تسميته سياسه فض المنازعات وملائماتها ومن هذه بيان أهميه التحكيم كظاهرة معاصرة لفض المنازعات فى مجال المعاملات التجاريه ، مع تجاوز مقصود عن دعم هذه الاهميه بالاحصاءات اللازمه لاجراء المقارنه بين قضاء التحكيم وقضاء المحاكم ،وكخاتمه لهذا وتلك من معالجات نبدأ بالتعريف بالتحكيم كمصطلح قانونى ، ثم نختتم بطلبها القائم على فحص نظام التحكيم فى ضوء ماتقدم من معالجات لننتهى لماهيته الوصف المناسب من حيث كونه مرحلة من مراحل قضاء المحاكم او بديلا لهذا القضاء .

وجميع ماتقدم يتم من خلال الاطار الاتى :

اولا - التعريف بالتحكيم - المصطلح القانونى - وأثر ذلك على مسائل التحكيم المختلفه .

من الممكن ان نعرف التحكيم باستخدام ذات عبارات محكمة التمييز حينما عرفت المحكم بالاتى

"" أن المستقر أن المحكم لايعدو ان يكون قاضيا ""
"" وقع عليه اختيار الطرفين المتنازعين للفصل ""
"" فى نزاع محدد بينهم بدلا من قاضى الدولة ""
"" الرسمى محكمة توخاها المشرع عندما أقر نظام ""
"" التحكيم ووضع الضوابط والقيود التى تجعله ""
"" تحت رقابته ، ولذلك لايمكن ان يكون المحكم ""

"" الا شخصا طبيعيا ويستوى من بعد أن يكـــون ""
"" محددا بالاسم فى عقد التحكيم أو يتفق عليه ""
"" الطرفان مستقبلا عند قيام النزاع أو تعينه ""
"" المحكمة عند اختلافها ، ولايمكن بأى حـــال "
"" من الأحوال أن يكون شخصية معنويه كشركـــة ""
"" أو جمعيه أو هيئه عامة أو مؤسسة عامـــة ""
"" ودليل ذلك مانصت عليه الماده ٢٥٦ مرافعات ""
"" (قديم) من انه لايصح أن يكون المحكـــم ""
"" قاصرا أو محجورا عليه او محروما من حقوقه ""
"" المدنيه بسبب عقوبه جنائيه ، وهى صفات ""
"" لاترد الا عن الشخص الطبيعى دون الشخـــص ""
"" المعنوى . (تمييز طعن رقم ٤٨ - ٧٥ تجـــارى ٧٦/١٢/٢٩ - منشـــور فى مجموعه القواعدالتـــى قررتها محكمة التمييز فى المدة من ١٩٧٢/١١/١ حتـــى ٧٩/١/١ ص ٩١ ق ١)

ومن ناحية اخرى نستطيع أن نقدم تعريفا آخر يتفق مع ما فى التعريف السابق من حيث كونه معنى فى عقـــد او أتفاق يتم بمقتضاه اختيار محكم أو محكمين للفصل فى انزعه تطرح عليها بمقتضى هذا الاتفاق وفى حدوده ويكون له او لهم مالمحكمـــة الموضوع من سلطه الفصل فى هـــذه الانزعه .

(تمييز طعن رقم ١٩ - ٧٤ - تجارى ٧٦/٦/٢ - منشـــور المرجع الســـابق) .

واذا انتهينا من تعريف التحكيم كمصطلح قانونـــى يثور التساؤل حـــول الاثار المترتبه على هذا التعريـــف بالنسبه لمسائل التحكيم المختلفه ، ونعنى بمسائل التحكيـــم المختلفه ، سلطه المحكم ، والمسائل الاداريه المترتبـــة بانعقاد هيئه التحكيم ، وضوابط تسبيب حكم التحكيم وجميع ذلك

سيكون لمحاضرات مقبله ، مكتفين فى شأنها باشاره مضمونها أن كون المحكم قاضى يتراضاه ابتداء طرفا النزاع ينعكس على ماتقدم من مسائل ويرتب من حيث كون المحكم يتولى سلطته رضاء على اختلاف مالهذه المسائل عن الوضع بالنسبة لقضاء المحاكم ، أما من حيث سلطته كقاضى فى فض المنازعه فقراراه قرار فصل فى منازعه بين خصمين ، وله حجيه وقوة الشئ المقضى ، ونكتفى بهذا القدر وننتقل الى النقطة الثانيه من هذه المحاضره ، وهى :

ثانيا – التحكيم كوسيله معاصرة لفض المنازعات :

عالجنا فيما تقدم تعريف مصطلح التحكيم ، قصرا له على ماعرف بالتحكيم التجارى ، وهو مايرتب أن نستبعد من دائرة محاضراتنا التحكيم الدولى العام ، ونعنى بذلك التحكيم بين الدول بصفتها كذلك وهو تحكيم يأتى رديفا للقضاء الدولى كقضاء محكمة العدل الدوليه او قضاء محكمة العدل الاوربية

وانطلاقا من هذه الملاحظه الدوليـة ننتقل الى نقطه آخرى الا وهى أن التحكيم التجارى قد يكون تحكيما تجاريا محليا ينشأ فى رحاب قانون وطنى وبين أطراف وطنيه أو اجنبيه ولكن ينعقد فى ظل قانون وطنى ، من حيث الاجراءات او الموضوع ، وقد يكون تحكيما تجاريا دوليا (خاصا) وهوبين أطراف متحدى الجنسية أو مختلفيها ، وقد يكون مناسبا لهذا المقام ، أن ننوه بأن صفة الاجنبيه فى تحكيم تجارى معين تلحق به بناء على مكان انعقاده لا بناء على جنسيه اطرافه أو محكميه لذلك جاءت تسمية اتفاقية نيويورك فى شأن تنفيذ احكام المحكمين الاجنبية المنعقد سنة ١٩٥٨ فهى على مايكشف عنها عنوانها ، قد الحقت صفة الاجنبيه بالاحكام لا بالمحكمين .

باختصار ودون ان نستطرد فيما تقدم من تعريفات نكتفى بالقول أن ماننتعامل معه من هذه المحاضرات هو التحكيم التجارى بنوعيه محليا كان أو أجنبيا .

فاذا انتهينا من الجزئيه المتقدمه وبقى ان نعالج الموضوع الرئيسى فى هذه النقطه ألا وهو مدى أهميه التحكيم كظاهره معاصره لفض المنازعات ومن هذا الخصوص نذكر أن معيار بيان اهميه قاعده قانونيه يتحدد بأكثر من صورة ومن ذلك ساحة من تخاطبه القاعده القانونيه من مجموع الشريكه الانسانيه المتعامله معها ومدى ماتلقاه هذه الظاهره من اهتمام السلطات التشريعيه سواء كانت دولية او وطنيه ، وكذا مدى اهتمام الاعلام القانونى بها .

فاذا طبقنا هذه المعايير على ظاهره التحكيم التجارى لتبين لنا أنه على كل صعيد بأهمية تفوق أهمية نظائره من أنظمه قانونيه ، ويتضح ذلك من الاتى:

<u>اتساع اهتمام الجماعه الانسانيه العامله فى قطاع الاعمال بالتحكيم ، واتخاذها له وسيله لفض المنازعات</u>

بيان ذلك يتضح من الآتى :

١ - التجاء رجال الاعمال ، فى مختلف الانشطه التجاريه الى التحكيم كوسيله لفض المنازعات ، واذا كانت الاحصاءات التى تقدم لنا الخط البيانى لتصاعد هذا اللجوء غائبه فلا شك أن الحس القانونى يؤكد هذا الاستنتاج ، ومن ناحيه أخرى فان غياب تلك الاحصاءات لايمنع من امكان الحصول عليها .

٢ - هذا الكم من الدورات التدريبيه والمؤتمرات العلمية المنعقدة للعديد من المتخصصين من كل فرع من فروع الهندسه والقانونيين ورجال الاعمال بصفه عامه .

ومن ذلك ولاشك فيه دورتنا الحاليه ، وكذا ما تنظمه كلية حقوق جامعه الكويت سنويا فى هذا الشأن ، وايضا فى شأن المؤتمرات أن هناك اكثر من مؤتمر ينعقد فى الدول العربيه عن التحكيم التجارى سنويا بعضها ينعقد باشراف جهاز ذات طبيعه دوليه كاتحاد المحامين الدوليه وبعضها باشراف افراد ٠

اهتمام السلطات التشريعية الوطنيه والدوليه بهذه الظاهرة :

والامثلة على هذا الاهتمام من الكثره ولكن نكتفى الى الاشاره الى اتفاقيه تنفيذ احكام المحكمين الاجنبية المنعقده فى نيويورك سنة ١٩٥٨ والتى انضمت اليها الكويت سنة ١٩٧٨ ٠٠ وجرى تطبيقها أمام القضاء الانجليزى فى نزاع خاص بالمطار القديم بين حكومه دوله الكويت والمكتب الهندسى العائد لسير فردريك ستيو

وحيث انتهى هذا القضاء الى تطبيقها على النزاع المذكور ورغم صدور حكم المحكم الكويتى (الاجنبى بالنسبة للمملكه المتحده) قبل انضمام دوله الكويت اليها ، على تفصيل فى ذلك ليس هنا موضعه ٠

ومن امثله الاهتمام الدولى ٠٠٠٠ وكذلك ماصنعته لجنه الامم المتحده لقانون التجاره الدوليه من نظام للتحكيم المعروف باسم UNCITRAL وكذلك اتفاقيه فض منازعات الاستثمار بين الدول ومواطنى الدول الاخرى التى وصفها البنك الدولى للانشاء والتعمير سنة ١٩٦٥ والتى دخلت حيز التنفيذ سنة ١٩٦٦ ٠٠ وكذلك اللجنه الامريكيه للتحكيم التجارى - المنشأ سنة ١٩٣٤ ، وكذلك هيئه تحكيم غرفه التجاره الدولية

بباريس ٢٢ التى نشأت منذ ماينيف على اربعه عقود وجميع تلك الهيئات هى ماجرى المصطلح على تسميتها التحكيم المنظم بالمقابل للتحكيم العارض AD HOC .

اما من ناحيه اهتمام السلطات التشريعيه الوطنيه فلا شك أن الباب الثانى عشر من قانون المرافعات المدنية والتجاريه يقدم نموذجا لهذا الاهتمام .

* اهتمام الاعلام القانونى بهذه الظاهرة :

يكشف هذا الاهتمام العدد الكبير من المؤلفات التى تناولت التحكيم باللغات الاجنبيه ، ويضاف الى ذلك هذا الرقم من المؤتمرات المهنيةالتى تدور حول التحكيم ، واحصاء مثل هذه المؤتمرات ، وتلك المؤلفات من الصعوبه ولكن يمكن اعطاء بعض امثله لها مما سبق الاشاره اليه من مؤتمرات اتحاد المحامين الدولى .

ثالثا – تحديد موضع التحكيم التجارى من النظام القضائى :

نتناول هذه الجزئيه صلب موضوع هذه المحاضره وقبل الخوض فيه لابد من الاشاره ان عنوانها وان شاركت فيه الا أنه ليس بالضروره يكشف عن مسار الرأى فى توصيف نظام التحكيم اذ جرى اختيار هذا العنوان تقيدا بادبيات لغة القانون التى لم تسمح طرح كل التساؤلات الممكنه من خلال العنوان ذلك لان التساؤل حول ما اذا كان قضاء التحكيم بديلا لقضاء المحاكم قد يرتب مظنه ان القضاء الاول خصيماللقضاء الثانى أو موازله بحيث لايلتقيان كالقضاء الادارى فى دول ثنائيه جهات القضاء (مجلس الدوله الفرنسى والمصرى مثلا) اما اذا قصد بكونه بديل ماذهب اليه حكم التمييز السابق

الاشاره اليه من حيث كون المحكم قاضي بعباره طرفا اتفـــاق أو منازعه ليفصل فيها وله فيها سلطات القاضى تحت رقابـــة المشرع والمحاكم فهو من هذه الناحيه بديل الى مرحلـــة وفى حدود ، وليس على وجه الاطلاق ، وكذلك من ناحية اخـــرى إذا كان قصر منازعه بكونه مرحله من مراحل التقاضى انه لابـــد من البدء به قبل نظر المنازعه من قاض المحكمة فهو قـــول مردود عليه بأن التحكيم نظام استثنائى فهو من هـــذه الناحيه قد يتنازل عنه الاطراف صراحه او ضمنا اذ تم نظـــر الموضوع بدايه من قبل المحكمه ، وهو من ناحيه اخرى ان ، يتمسك به الخصوم .. امتنعت المحكمة عن نظر النـــزاع الذى يتضمنـــه ، فهو من هذه الناحيه لايمكن أن يكون مرحله من مراحل التقاضى ، مالم يكن طرفان قد اتفقا علـــى استئنافه وحينئـــذ يكون بمثابه قاضى اول درجه فهـــو بديل لمحكمة أول درجه .. ولكن درجه من درجات النظـــام القضائى ، بعباره أخرى ان توصيف لنظام التحكيم ترتيبـــا بالنسبه لقضاء المحاكم مسأله نسبية اذ المطلق لا وجود له فى آى علم انسانى .

على ضوء هذه الجدليات وفى اطارها وباستقراء تعـــرض باب التحكيم فى قانون المرافعات المدنيه والتجاريـــة من حيث قصـــرها التحكيم على مسائل معينه حسب الاصـــل العام وعزل المحاكم عن نظر مايتفق على التحكيم فيـــه نستطيع ان نعرف قضاء التحكيـــم بالاتـــى :

بانه جزء من النظام القضائى لمحاكم نظام قانونى معيـــن يتحدد دوره من حيث كونه بديلا لبعض درجات المحاكم او مرحلة لبعضها بالقواعد المنظمة للنظام القضائى المذكور .

تـــلك هى الخلاصه التى نبدأ منها والتى نتعامـــل بمقتضاها مع المحاضـــــرات المقبله دون مصـــادرة لأى اتجاه آخر قد يتجه اليه استاذنا الدكتور وجدى راغـــب اذا جاء رأيه مخالفا لهذا الاتجـــاه .